

Tilburg University

F.M.J. den Houdijkers, Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJ EU. [Review of the book Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem, F.M.J. den Houdijker, 2012]

Hirsch Ballin, E.M.H.

Published in:
Rechtsgeleerd Magazijn Themis

Publication date:
2013

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Hirsch Ballin, E. M. H. (2013). F.M.J. den Houdijkers, Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJ EU. [Review of the book Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem, F.M.J. den Houdijker, 2012]. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 174(6), 276-277.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

F.M.J. den Houdijker, Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJ EU

*Diss. Leiden, promotor prof.
mr. J.H. Gerards, Nijmegen:
Wolf Legal Publishers 2012,
724 p., ISBN 9789058508805.*

Deze kloeke, eind 2012 in Leiden door Marina den Houdijker verdedigde dissertatie is meer dan de door de wet vereiste proeve van bekwaamheid tot het zelfstandig beoefenen van de wetenschap: ze brengt de rechtswetenschap werkelijk verder, en wel met betrekking tot een lastig en complex onderwerp: de werking van het proportionaliteitsbeginsel oftewel evenredigheidsbeginsel op het terrein van de bescherming van grondrechten in de bijzondere context van supranationale rechtspraak.

Daartoe onderzoekt de auteur de theorie van het proportionaliteitsbeginsel als rechterlijke toetsingsmaatstaf en de praktijk van de toepassing door enerzijds het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en anderzijds het Hof van Justitie van de Europese Unie (voorheen het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen). Haar conclusie is op het eerste gezicht ontmoedigend: de praktijk van de twee hoven is sterk verschillend, en beider praktijk beantwoordt aan geen van de theoretische modellen. Den Houdijker bewijst echter haar academische kracht door uit te vorsen wat verklaart dat de praktijk een eigen weg is gegaan en waarom deze wegen verschillend zijn voor enerzijds een hof dat zelf bescherming van fundamentele rechten moet bieden en anderzijds een hof dat de conformiteit van de nationale rechtspraak met het EU-recht moet bewaken. Bij het ene hof speelt de *margin of appreciation* die aan de staten wordt gelaten een belangrijke rol, bij het andere de vereiste eenheid van uitleg van het recht van de Europese Unie.

Het startpunt van Den Houdijkers onderzoek is een vergelijkend historisch onderzoek naar het Europese proportionaliteitsbeginsel. Ze zet dit af tegen het concept van de ‘balancing’ in de Amerikaanse theorie. Deze laatste heeft ingang gevonden omdat de rechtspraak – onder invloed van onder anderen Roscoe Pound – ruimte zoekt om sociale belangen in de rechtsvinding te betrekken. Het Europese – in het bijzonder Duitse en Franse – denken over ‘afweging’ verklaart Den Houdijker uit ‘de ontdekking dat het recht onherroepelijk incompleet is’ (p. 93). Zij plaatst de vergeleken theorieën aldus in de context van de rechtsvindingsleer. Dat lijkt mij juist, maar ik teken daarbij aan dat het hier tegelijkertijd om een belangrijk constitutioneel vraagstuk gaat: waaraan ontleent de rechter het recht om over belangenconflicten meer te zeggen dan wat men uit democratisch aanvaarde wetten meent te kunnen deduceren? De doctrine van de *balancing* wordt bijvoorbeeld verbonden met de opvatting of de rechter meer of minder ‘indringend’ mag toetsen, een toverwoord waarmee ook de Nederlandse bestuursrechtspraak probeert haar verhouding tot het bestuur te bepalen. In werkelijkheid gaat het echter altijd om de mate waarin een rechter zijn oordeel aannemelijk kan maken met verwijzingen naar voldoende geobjectiveerde vaststellingen van de feiten en met kwalificatie van die feiten aan de hand van een intersubjectief geldige uitleg van rechtsnormen. De zogenaamde indringendheid wordt in hoge mate bepaald door de beschikbaarheid van middelen om feiten vast te stellen en prognoses te maken over de gevolgen van de ene

of de andere beslissing. Aan het prognostische element in de bestuurlijke en daarop betrekking hebbende rechterlijke oordeelsvorming van zaken wordt vaak te weinig aandacht besteed.

Een eenvoudig en tegelijk juist antwoord op de vraag wat de rechter legitimeert om zich met de waardering van belangen bezig te houden, zou kunnen zijn dat hij dit wel *moet* doen: anders zou hij partijen met een onopgelost geschil laten zitten. Maar hij mag dat niet doen op basis van persoonlijke preferenties, en dus gaat hij op zoek naar het ‘gewicht’ dat aan de botsende belangen toekomt. Den Houdijker wijst er door haar hele dissertatie heen met nadruk op dat dit een metafoor is. Om te ontkomen aan de verleiding – en van de weeromstuit het verwijt – van subjectivisme, proberen rechters en rechtstheoretici een rationele of quasirationele methode van afwegen toe te passen. De stappen van de van oorsprong Duitse proportionaliteitstoets zijn daarvan een belangrijk voorbeeld; A.J.C. de Moor-van Vugt schreef erover in 1995 in haar bestuursrechtelijke dissertatie ‘Maten en gewichten; het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief’. Maar of zulke methodische specificaties het proces ten volle rationeel maken, is omstreden. Den Houdijker belicht de discussies hierover, zoals de these van de ‘incommensurabiliteit’ van de belangen bij de Amerikaanse constitutionalist Aleinikoff en de controverse over de rationaliteit tussen Alexy en Habermas. Nuchter constateert zij dat het allemaal neerkomt op ‘het belang van deliberatie en het belang van een zaakspecifieke benadering’ (p. 205). Juist op het

terrein van de grondrechten mag de rechter echter de beoordeling van het 'gewicht' van de betrokken belangen niet tot een procedurele toetsing reduceren. In het voetspoor van De Schutter en Tulkens wijst Den Houdijker erop dat grondrechten tot doel hebben 'te verzekeren dat niemand zijn gedrag laat beïnvloeden door de angst van een inbreuk op zijn of haar rechten'. Daarom moet de beoordeling van de bij grondrechtconflicten betrokken belangen worden geplaatst in het perspectief zowel van 'de persoonlijke autonomie' als van 'de democratische samenleving' (p. 233).

Met deze opmerkingen over de structurering van het afwegingsproces sluit Den Houdijker het rechtstheoretische deel van haar dissertatie af. Daarop volgt een zeer precieze analyse van relevante jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Unie in conflicten waarbij de botsende belangen (gedeeltelijk of geheel) onder de werking van grondrechten vallen. De bevindingen van Den Houdijker zijn wederom ontvullend: 'het structurerende vermogen van de idee van afweging, zoals in het theoretische deel van onderhavige studie geformuleerd, (lijkt) voor het EHRM en het Hof van Justitie niet leidend'. Van de 'blauwdrukken' van de proportionaliteitstoets is 'weinig tot niets' terug te vinden (p. 592). Daar voegt zij echter meteen aan toe dat deze 'discrepancie tussen theorie en praktijk' de theorie niet irrelevant maakt (p. 593).

Hiermee krijgt het laatste deel van Den Houdijkers onderzoek iets spannends. Als de rechtspraak de theoretische schema's in hoge mate negeert, wat is dan wel de verklaring van hun werkwijze? En valt er uit de confrontatie van theorie en partij toch nog wat te leren? Het EHRM gebruikt de proportionaliteitstoets – een enkele keer toch volgens de theorie (van Alexy, p. 613), maar vaker op een veel lossere manier – om 'de eigen subsidiaire positie ten opzichte van de nationale autoriteiten' in acht te nemen (p. 612). De 'gewichtstoekenning' blijft een zaak voor de autoriteiten van de lidstaten; het Hof neemt zo veel mogelijk ge-

noegen met een beoordeling van de daarbij gevolgde procedure (p. 616). Deze werkwijze past bij de doctrine van de *margin of appreciation* (p. 617), maar als een te wegen belang dat door grondrechten wordt beschermd, niet is onderkend of onvoldoende onderzocht, valt het betrokken staatsorgaan door de mand. Den Houdijker doet het Hof de aanbeveling, de volgorde in de relevante stappen (eerst een afbakening van de statelijke beoordelingsruimte, daarna de toetsing van de afweging aan het EVRM) scherper in het oog te houden. Inderdaad kan het Hof op die manier, zonder zijn hand te overspelen, de nationale instanties inscherpen wat zij behoren te doen: 'Het Hof zal moeten ingrijpen indien fouten zijn gemaakt bij de selectie van rechten en belangen, de definiëring daarvan en het proces van figuurlijk wegen, alsook indien procedures afwezig of wel aanwezig maar niet gevolgd zijn' (p. 629).

In de jurisprudentie van het Hof van Justitie valt daarentegen op dat het de beoordeling van de proportionaliteit reduceert tot een 'communautaire insteek', dat wil zeggen een uitleg en toepassing van het EU-recht (p. 634). De proportionaliteit hoeft dan niet door het Hof te worden beoordeeld; de nationale rechter kan dat doen, met inachtneming van de uitleg die het Hof aan het EU-recht heeft gegeven (p. 655). Deze taakopvatting ligt voor de hand, gegeven de doelstelling van de prejudiciële procedure. Het communautaire evenredigheidsbeginsel heeft dus in de jurisprudentie van het Hof van Justitie een veel bredere toepassing dan grondrechtconflicten. In dit beeld kan echter verandering komen, zoals Den Houdijker terecht opmerkt, de verbindende kracht van het handvest van de grondrechten (sinds 1 december 2009) en het toenemend beroep op fundamentele rechten inzake het gemeenschappelijke asiel- en migratiebeleid zal meebrengen 'dat het Hof zich vaker meer direct over het grondrechtelijke gedeelte van een geschil zal moeten uitlaten' (p. 634). Dat zou een reeds bestaande tendens versterken (p. 635).

Den Houdijkers dissertatie staat als een huis en opmerkingen dat er over

haar onderwerp nog meer te zeggen valt, zijn bij een zo volumineus en degelijk onderzoek haast per definitie misplaatst. Toch valt er nog wel iets te zeggen over wenselijk verder rechtswetenschappelijk onderzoek. In het verlengde van het slot van het theoretische deel zou – liefst toegespitst op de deelgebieden van het recht en de relevante grondrechtelijke kaders – de prognosticerende inschatting verder kunnen worden verkend. Het vreemdelingenrecht geeft daartoe alle aanleiding (wat zijn de verwachtingen over de gevolgen van terugkeer en hoe bepalend zijn die voor de fundamentele rechten van de vreemdeling), maar ook andere rechtsgebieden; denk bijvoorbeeld aan het voorzorgbeginsel in het milieurecht, dat – zo vermoed ik – in verdere theorievorming met de rechtvaardiging van grondrechtenbeperkingen in verband kan worden gebracht. De thematiek van de recente bundel onder redactie van Den Houdijkers promotor Janneke Gerards en Carla Sieburgh over 'De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht' (2013) zou kunnen worden geanalyseerd vanuit het perspectief van de proportionaliteitstoetsing. Maar ook in de constitutionele theorie van de rechtsvorming dienen zich gedachten aan over 'The future of proportionality', aldus de titel van het laatste hoofdstuk van het boek dat de oud-president van het Israëliëse hooggerechtshof, Aharon Barak, in 2012 publiceerde over 'Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations'. Ook daar doemen constitutionele vragen van betekenis op, met name over de verhouding tussen individuele en algemene belangen. Bij zulk onderzoek kan in Nederland worden voortgebouwd op de in allerlei opzichten stevige dissertatie van Marina den Houdijker, ongetwijfeld ook door haarzelf.

Ernst M.H. Hirsch Ballin¹
Tilburg, november 2013

-
1. Prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin is hoogleraar Nederlands en Europees constitutioneel recht (Tilburg University) en hoogleraar rechten van de mens (Universiteit van Amsterdam).